

# EuGH-Urteil zum AGG-Hopping: das Ende der Testings?

---

Gastautor

2016-09-09T08:30:15

von [KATRIN KAPPLER](#)



Der

[EuGH hat am 28. Juli 2016](#) wenig überraschend entschieden, dass Bewerber\*innen, die sich mit dem wesentlichen Zweck bewerben, einen Entschädigungsanspruch geltend zu machen, nicht vom Unionsrecht geschützt sind, weil ihre Bewerbungen rechtsmissbräuchlich sind. Damit steht auch fest: [AGG-Hopper](#) haben keinen Anspruch auf eine Entschädigung nach § 15 AGG. Neben dieser Feststellung kann das Urteil aber auch Einfluss auf die Beweislast erleichterung des § 22 AGG haben: Bisher war anerkannt, dass sog. Testing-Verfahren genutzt werden können, um tatsächliche Anhaltspunkte für eine unzulässige Benachteiligung zu gewinnen und damit die Beweislast erleichterung nach § 22 AGG auszulösen. Dabei konnten bisher auch die diskriminierten Testpersonen selbst einen Entschädigungsanspruch geltend machen. Dies bleibt auch nach dem EuGH-Urteil so, da Testpersonen keine Scheinbewerber\*innen sind.

## Ausgangsfall und Vorlagefragen

Ein bereits seit vielen Jahren zugelassener Rechtsanwalt hatte sich auf eine Trainee-Stelle bei einer Versicherung beworben. In der Stellenausschreibung wurde unter anderem verlangt, dass ein sehr guter Hochschulabschluss benötigt wird, der nicht länger als ein Jahr zurückliegt. Nach der Absage machte er wegen einer Altersdiskriminierung eine Entschädigung in Höhe von 14.000 Euro geltend. Nachdem der Rechtsanwalt erfuhr, dass alle vier Stellen an Frauen vergeben wurden, machte er zusätzlich noch eine Entschädigung in Höhe von 3.500 Euro wegen der Diskriminierung aus Gründen des Geschlechts geltend. In den Vorinstanzen blieb seine Klage erfolglos, sodass er Revision zum BAG einlegte.

Das [BAG legte dem EuGH](#) die Frage vor, ob die einschlägigen Rechtsvorschriften des AGG, welche Unionsrecht umsetzen, so auszulegen seien, dass auch der-

oder diejenige, aus dessen Bewerbung hervorgeht, dass er nicht die Einstellung und Beschäftigung, sondern nur den Status als Bewerber\*in erreichen wolle, nach „Zugang zur Beschäftigung oder zu abhängiger Beschäftigung“ sucht. Falls die erste Vorlagefrage zu bejahen sei, stelle sich im Anschluss die Frage, ob eine Situation, in der die Bewerbung nur zu dem Zwecke eingereicht worden sei, als rechtmisbräuchlich nach dem Unionsrecht bewertet werden könne.

## **Kriterien für den Rechtsmissbrauch einer Scheinbewerbung**

Der Gerichtshof stellt in seinem [Urteil](#) fest, dass sich niemand in rechtmisbräuchlicher Weise auf Rechtsvorschriften der Europäischen Union berufen darf. Zur Feststellung des Rechtsmissbrauchs bestätigt der EuGH seine [Rechtsprechung](#), wonach der Nachweis einer missbräuchlichen Praxis sowohl eines objektiven als auch eines subjektiven Tatbestandsmerkmals bedarf. Objektiv muss festgestellt werden, dass trotz der formalen Einhaltung der von der Unionsregelung vorgesehenen Bedingung das Ziel der Regelung nicht erreicht wurde. Daneben muss ersichtlich sein, dass der wesentliche Zweck der Bewerbung die Erlangung eines ungerechtfertigten Vorteils ist.

In seiner Entscheidung zeigt der EuGH aber auch zugleich die Grenzen des Rechtsmissbrauchs auf: Eine Bewerbung ist nicht rechtmisbräuchlich, wenn sie eine andere Erklärung haben könnte als nur die Erlangung eines Vorteils.

## **Testing-Verfahren als Mittel der Beweisführung**

Auch wenn Testing-Verfahren bisher nur eine untergeordnete Rolle in den Gerichtsverfahren mit AGG-Bezug gespielt haben, haben sie doch das Potential die Beweiserleichterung des § 22 auszulösen. Dies ergibt sich bereits aus der [Gesetzesbegründung des AGG](#).

Bei Testing-Verfahren werden Testpersonen eingesetzt, um zu prüfen, ob ein Verhalten gegenüber Merkmalsträger\*innen, gleichermaßen auch gegenüber einer Vergleichsperson, die kein Merkmal des § 1 AGG in sich trägt, erfolgt. Wird im Anschluss an eine Ungleichbehandlung ein Testing durchgeführt, indiziert eine Diskriminierung, dass die Ungleichbehandlung unter vergleichbaren Bedingungen wie denen des Ausgangsfalles erfolgt ist. Testings können darüber hinaus auch unabhängig von Ungleichbehandlungen durchgeführt werden (initiativ) und die Ergebnisse selbst zum Verfahrensgegenstand erklärt werden, sodass Testpersonen Entschädigungsansprüche geltend machen können. Dann müssen die Ergebnisse der Testing-Verfahren aber nicht nur Indizien für die Kausalität, sondern auch für die anderen Tatbestandsvoraussetzungen liefern.

Sowohl die ersten Ansätze in Deutschland als auch in anderen europäischen Ländern haben gezeigt, dass Testing-Verfahren ein wichtiges Instrument sind, um die Rechte aus antidiskriminierungsrechtlichen Verboten durchzusetzen. Denn gerade versteckte und mittelbare Diskriminierungen können häufig nur mit solchen Testings sichtbar gemacht werden. Im Sinne der effektiven Durchsetzung des AGG

kann das Urteil des EuGH daher nur auf solche Fälle anwendbar sein, in denen Bewerber\*innen einzig einen Entschädigungsanspruch zum Ziel haben.

## **Testpersonen sind keine Scheinbewerber\*innen**

Zudem stellt sich die Frage, ob auch in Zukunft die infolge eines Testings diskriminierten Personen nach der Entscheidung des EuGH selbst einen Entschädigungsanspruch nach § 15 AGG geltend machen können.

Wendet man die Kriterien des EuGH konsequent an, wird man feststellen müssen, dass Testpersonen keine Scheinbewerber\*innen sind, obwohl sie nicht an der ausgeschriebenen Stelle interessiert sind. Sie erfüllen nicht die vom EuGH dargelegten Kriterien für einen Rechtsmissbrauch. Denn es ist nicht der wesentliche Zweck, einen Entschädigungsanspruch geltend zu machen. Vielmehr ist die Geltendmachung des Anspruchs nur ein Aspekt in einem Motivbündel. [Klose/Kühn](#) weisen richtigerweise darauf hin, dass Testpersonen sich keine Einnahmequelle durch die Testings schaffen wollen, sondern teilweise mit sehr großem ehrenamtlichen Engagement versuchen, Benachteiligungen zu verhindern und zu beseitigen. Hauptzweck ist damit, versteckte Diskriminierungen sichtbar zu machen; daneben sollen in vielen Testings auch Beweise generiert werden. Gleichzeitig sollen die Musterverfahren der vom Unionsrecht geforderten generalpräventiven Abschreckungswirkung dienen.

## **Fazit**

Das AGG sollte zuvor bestehende Diskriminierungslücken schließen und effektive Mechanismen gegen Benachteiligungen bereithalten. Die Effektivität dieser Mechanismen sinkt allerdings erheblich, wenn Testings nicht mehr gerichtlich verwertbar sind. Das Urteil des EuGH jedenfalls steht einer Verwertung nicht im Wege. Es sollte so aufgefasst werden, wie es gemeint ist: Diejenigen, die das System hintergehen und diskreditieren wollen, sollen nicht geschützt werden – aber auch nur die. Das BAG wird sich nun damit auseinandersetzen müssen, ob der Rechtsanwalt tatsächlich ein solcher Scheinbewerber ist. Es sprechen allerdings klare Indizien für eine nicht ernstgemeinte Bewerbung: Durch abschreckende Äußerungen in seinem Bewerbungsgespräch hat der Anwalt seine Chancen auf die Stelle selbst geschmälert und auch ein von der Versicherung nach der Geltendmachung der Entschädigungszahlung angebotenes Bewerbungsgespräch hat er nicht angenommen.

